Die privatrechtliche Behandlung des Wucherers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Leo Lichtenstein

Kammergerichtsreferendar.

AGAD. LAND BAT. KIEL.

1904

Meinen lieben Eltern.

Meinen lieben Eltern.

Meinen lieben Eltern

Inhalts-Verzeichnis.

Litteraturverzeichnis 5

A. Einleitung.

§ 1. Der Wucher im Allgemeinen 9

B. Die Leistung des Wucherers.

I. Die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts.

a) § 2. Totale Nichtigkeit 14

b) § 3. Die allgemeinen Wirkungen der Nichtigkeit 17

II. Wirkungen des nichtigen Grundgeschäfts auf das abstrakte Leistungsgeschäft.

a) § 4. Nichtigkeit oder Giltigkeit des abstrakten Leistungsgeschäfts; Ursprung der Streitfrage 19

b) § 5. Die in der Litteratur vertretenen Ansichten 21

c) § 6. Stellungnahme 26

C. Das Rückforderungsrecht des Wucherers.

§ 7. 36

§ 8. Schlussbetrachtung 47

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0087

Litteratur-Verzeichnis.

Cohn: Die wuchergesetzlichen Bestimmungen des B. G. B. (Gruchots Beiträge. Bd. 41, 1897).

Collatz: Zum Recht des B. G. B., Zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und von der Quittung in Jherings Jahrb., Bd. 40, 1899, S. 127 ff.

Collatz: Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, ein Beitrag zum Recht des B. G. B. 1899, Berlin.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2, 1900, Tübingen und Leipzig.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 1. Bd. 1902, 2. Bd. 1, 2, 1901.

Eccius: Kondiktion des Wucherers nach B. G. B. (Dtsch. Jur. Ztg, VIII. Jahrg., No. 2, S. 41 ff.)

Eccius: Gruchots Beiträge Bd. 42, S. 202.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. 1901.

Entwurf des B. G. B., Erste Lesung. 1888.

Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches 5. und 6. Auflage 1899.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 2. Aufl. 1898, 5. Aufl. 1902.

Gierke: Kritik des ersten Entwurfs.

Hachenburg: Das B. G. B. für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1900.

Hellmann: Vorträge über das B. G. B. für das deutsche Reich. Allgemeiner Teil, 1897.

Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd., Allgemeiner Teil und Einleitung, 1900.

Jakobi: Recht, Sitte und Sittlichkeit. Jher. Jahrb, Bd. 41, 1900.

Jhering: Geist des römischen Rechts. 1888.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund Berlin 1892.

Kipp: Der Parteiwille unter der Herrschaft des Deutschen, B. G. B. Erlangen 1899.

Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes, seine Herleitung und Anwendung. Breslau 1901.

Koffka: Die Reichs-Wuchergesetze. Berlin 1894.

Kohler: Gesammelte Abhandlungen. Mannheim 1883.

Kohler: Die Ideale im Recht. (Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 5).

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B. G. B. Berlin 1898.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem E. G. Kommentar. Berlin 1899.

Leonhard: Der Allgemeine Teil des B. G. B. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1900.

Lotmar: Der unmoralische Vertrag. Leipzig 1896.

Lotmar: Ueber causa im römischen Rechte. München 1875.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band 1, 3—4 Auflage, Berlin 1900.

Meisner: Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum 2. Buch des deutschen B. G. B., Breslau 1898.

Neubecker: Die zivilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht. (Dtsch. Jur. Ztg., VII. Jahrg., No. 24, S. 568 ff.)

Neubecker: Der abstrakte Vertrag. (Archiv für bürg. Recht, Bd. 22, 1. 1903).

Neumann: Handausgabe des B. G. B. für das deutsche Reich. 2. Auflage, Berlin 1900.

Oertmann: Das abstrakte Geschäft im Deutschen B. G. B. (Allg. Oesterr. Gerichtsztg., Bd 48, 1897, No. 32, S. 249—253).

Oertmann: Kommentar zum B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Oertmann: Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde. (Dtsch. Jur. Ztg., Berlin 1902, No. 5, S. 105 ff.)

Papcke: Das Wucherrecht. Nach dem B. G. B. und dem R. Str. G. B. unter Berücksichtigung der Reichgesetze vom 24. 5. 80 und 19. 6. 93. Greifswald 1901.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1901.

Protokolle der Kommission.

Raiser: Die privatrechtliche Behandlung des Wuchers nach den Reichsgesetzen vom 24. Mai 1880 und 19. Juni 1893 und im Bürgerlichen Gesetzbuch Inaug. Diss. Tübingen 1898.

Regelsberger: Pandekten, Leipzig 1893.

Rehbein: Das B. G. B. mit Erläuterungen. Berlin 1898.

Reichtagskommissionsbericht.

Scherer: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.

Schollmeyer: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. München 1900.

Stammler: Die Lehre vom richtigen Rechte. Berlin 1902.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.

Staudinger: Kommentar B. G. B. München 1898 f.

Stieve: Der Gegenstand des Bereicherungsanspruches nach dem B. G. B. Inaug. Diss. Strassburg 1899.

Strohal: Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich. (Jher. Jahrb., Bd. 27. Jena 1899).

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.

Zitelmann: Die Möglichkeit eines Weltrechts. (Allgem. Oesterr. Gerichtsztg., Bd. 25, 1888).

Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. II. Teil. 1890.

Bähr: Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Leipzig 1894.

Leonhard: Der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte. Berlin 1883.

A. Einleitung.

§ 1. Der Wucher im Allgemeinen.

Durch Artikel 47 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. wird der Artikel 3 des Gesetzes, betreffend den Wucher, vom 24. Mai 1880 in der Fassung des Artikel II des Gesetzes, betreffend Ergänzungen der Bestimmungen über den Wucher, vom 19. Juni 1893 aufgehoben.

Die Redaktoren des B. G. B. haben eine ähnliche specielle Behandlung der in dem aufgehobenen Artikel befindlichen Materie gemäss der Anlage des Gesetzbuches nicht mehr für angängig halten können, sondern auch hier seine allgemeinen Regeln trotz geltend gemachter Bedenken für ausreichend erachtet.

Massgebend sind nunmehr für die civilrechtliche Behandlung des Wuchers die §§ 138,2, 812ff, 823ff B. G. B.

Man hat auch diesmal wie in den Gesetzen von 1880 und 1893 dem Wucher nicht durch Wiedereinführung eines Zinsmaximum oder anderer fester Grenzen entgegenzutreten versucht, sondern hat, indem die für die unsittlichen Rechtsgeschäfte statuierte Nichtigkeit „insbesondere“ auf das wucherische Rechtsgeschäft erstreckt wurde, dieses als ein besonders bezeichnendes Beispiel der gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte behandelt. [1])

---

[1]) Vergl. Dernburg a. a. O. I. S. 380, Endemann a. a. O. I. S. 319, Hachenburg a. a. O. S. 102, Hellmann a. a. O. S. 73, Leonhard a. a. O. S. 378, Planck a. a. O. I. S. 190, Staudinger (Riezler) a. a. O. 350, No. 4.

Wenn Fischer-Henle [2]) in ihrem Kommentar der Meinung sind, dass die Angliederung des Wucherverbots an § 138 innerlich ungerechtfertigt sei, dass es sich vielmehr dem § 134 hätte anschliessen müssen so ist doch vor allem darauf hinzuweisen, dass die §§ 134 und 138 durchaus nicht einander ausschliessende Bestimmungen enthalten, dass im Gegenteil die Mehrzahl der unsittlichen Rechtsgeschäfte verboten und der verbotenen unsittlich sein wird. Hingegen hat man gerade dadurch, dass man — von dem materiellen Gesichtspunkt der Unsittlichkeit, nicht dem formalen des Verbotes ausgehend — das wucherische Rechtsgeschäft den unsittlichen untergeordnet hat, dem herrschenden Volksbewusstsein Rechnung getragen, das im Wucher in erster Linie immer etwas Unmoralisches sieht und ihn aus diesem Grunde, nicht wegen seines gesetzlichen Verbotes zu meiden sucht. [3])

Auch Hölder [4]) in seinem Kommentar führt aus, dass das wucherische Rechtsgeschäft kein Fall des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts sei, da der wucherische Charakter nicht durch seinen Inhalt gegeben sei. Weder die Entgeltlichkeit überhaupt, noch die Art der Entgeltlichkeit verstosse gegen die guten Sitten, vielmehr bestehe beim wucherischen Rechtsgeschäft nur ein „quantitatives Missverhältnis“:

---

[2]) Fischer-Henle a. a. O. zu § 138, ebenso Raiser a. a. O. S. 23ff.

[3]) Nicht recht verständlich scheint mir Raiser a. a O. S. 23ff, der dem Bewucherten nur dadurch die Schadensersatzansprüche aus § 823, 2 B. G. B. sichern zu können glaubt, wenn er die Stellung des Wucherverbotes als verfehlt und eigentlich zu § 134 gehörig, darstellt. Als ob Gesetze, die im Sinne des § 823,2 den Schutz eines Anderen bezwecken, notwendig Verbotsgesetze sein müssten, und nicht vielmehr die Rechtsordnung damit, dass sie Rechtsgeschäfte als unsittlich brandmarkt, denselben Zweck verfolgen könne. Denn es unterliegt doch keinem Zweifel, dass der die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts statuierende Paragraph ein den Schutz der wirtschaftlich Schwachen, Leichtsinnigen oder Unerfahrenen bezweckendes Gesetz ist

[4]) Hölder a. a. O. S. 306.

der Fall der Ausbeutung der Notlage sei dem Falle der Drohung verwandt. Diese Auffassung scheint nur dann verständlich, wenn wir die Ausbeutung aus dem Geschäftsinhalt loslösen und lediglich als ein inneres Moment betrachten. Die Ausbeutung ist aber mehr: sie ist es, nicht die Notlage des Schuldners, die den schliesslichen Abschluss des wucherischen Rechtsgeschäfts herbeiführt. Die Notlage gab den ersten Anstoss, die Ausbeutung den letzten Ausschlag, wodurch das wucherische Rechtsgeschäft erst ermöglicht wurde. Die Ausbeutung steht nicht ausserhalb des Geschäftsinhalts, sondern findet objektiv ihren sichtbaren Ausdruck in dem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das ja von manchen Schriftstellern überhaupt als das gegen die guten Sitten verstossende Element des wucherischen Rechtsgeschäfts dargestellt wird. — Und wie sollte ferner bei einer Analogie zwischen dem Fall der Ausbeutung der Notlage und dem der Drohung die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts erklärt werden? U. E. geht Hölder von einem falschen Standpunkt aus, indem er vorwiegend die Stellung des Bewucherten im Auge hat, wo doch das Gesetz lediglich die des Wucherers zum Ausgangspunkte nimmt.

Die Begriffsbestimmung des Wuchers befindet sich nunmehr im § 138,2 B. G. B., und man hat ihre Aufnahme deshalb für notwendig gehalten, weil man den gemäss § 302c R. St. G. B. nur bei gewerbs- oder gewohnheitsmässiger Ausübung mit Strafe bedrohten Sachwucher[5]) civilrechtlich schon im einzelnen Falle nichtig sein lassen, mithin den Unterschied zwischen Kredit- und Sachwucher für das Civilrecht

[5]) Koffka a. a. O. S. 91 wählt den Ausdruck „relativer Wucher". Passender ist die ganz allgemeine Bezeichnung „Geschäftswucher". So v. Liszt a. a. O. S. 503.

aufgeben wollte, obwohl auch dazu unzweifelhaft § 138,1 ausreichend gewesen wäre, denn ein einzelnes Geschäft muss doch wohl unsittlich und darum nichtig nach § 138,1 sein, wenn eine Mehrzahl davon mit Gefängnis nicht unter drei Monaten und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft wird.[6]) Dieser Meinung waren auch die Regierungsvertreter im Reichstage gewesen, während die Kommission eine ausdrückliche Bestimmung wünschte, wonach Sachwuchergeschäfte auch ohne das Erfordernis des gewerbsmässigen Wucherns nichtig seien, „da eine so wichtige, ins Civilrecht tief einschneidende Vorschrift im B. G. B. nicht unerwähnt bleiben dürfe.“ [7]) Jedoch trifft auch hier das von Dernburg dem B. G. B. gegenüber so gern angewandte Wort zu: Superflua non nocent. Auch hat der Gesetzgeber durch seine Exemplifizierung auf den Wucherbegriff den Richter der Pflicht enthoben, erst jedesmal beim Vorliegen eines wucherischen Rechtsgeschäfts den Verstoss gegen die guten Sitten festzustellen.

Es ist nicht zu leugnen, dass nunmehr die Grenzen des Wuchers gegen früher noch weitere geworden sind, sodass jetzt die Mehrzahl der Verträge, auch wenn sie vereinzelt auftreten, sich zu wucherischen gestalten kann; ein Arbeitervertrag wie ein Darlehn, Kauf und Werkvertrag können wucherisch sein.[8]) Andererseits ist eine Aenderung des gesetzlichen Tatbestandes des Wuchers unterblieben[9]), sodass angesichts der wörtlich aus den Strafgesetzen übernommenen Begriffsmerkmale des wucherischen Rechts-

---

[6]) Vergl. Enneccerus a. a. O. II. S. 397.

[7]) Reichstagskommissionsbericht S. 46.

[8]) Vergl. Lotmar „Der unmoralische Vertrag“ S. 30, der bei dieser Gelegenheit behauptet: „Juristisch betrachtet besteht ein erheblicher Teil der heutigen Warenproduktion in in der Vollziehung nichtiger Dienstverträge.“

[9]) A. M. seltsamerweise Dernburg a. a. O. I. S. 380, der den Tatbestand des Wuchers „immerhin erweitert“ nennt.

geschäfts Wissenschaft und Rechtsprechung ihre Bedeutung behalten haben.[10])

Wie gross das Anwendungsgebiet des Wucherbegriffs nunmehr auch wird — man wird sich stets dessen bewusst bleiben müssen, dass der Wucher vorwiegend ein Begriff wirtschaftlicher Natur ist, und dass der Gesetzgeber lediglich gewisse Auswüchse des Verkehrs mit seinen Bestimmungen treffen wollte. Derjenige soll geschützt werden, der im freien wirtschaftlichen Verkehr sich tatsächlich nur scheinbar im Besitz seiner freien Selbstbestimmung beim Abschluss des Vertrages befunden, in Wirklichkeit aber einen vom anderen Kontrahenten nach dessen Willen diktierten Vertrag geschlossen hat.[11]) Daher geht Hölder[12]) zu weit, wenn er die Notlage, das am häufigsten vorkommende der drei alternativen Tatbestandsmerkmale „Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit" so definiert: „Ich habe fremde Notlage ausgebeutet, wenn ich eine fremde Willenserklärung erwirkt habe unter Umständen, unter denen der Andere, wie ich wusste, nicht umhin konnte, sie abzugeben, weil er kein anderes Mittel zur Abwehr eines Uebels hatte, dessen Abwendung für ihn ein dringendes Bedürfnis war." Das heisst denn doch dem Wucher ein viel zu weites Anwendungsgebiet geben, als ob der Gesetzgeber bei der Bekämpfung des Wuchers sich lediglich von moralischen Gesichtspunkten leiten liesse (in solchen Fällen wird vielmehr stets § 138,1 zur Anwendung zu kommen haben) und nicht vielmehr gemäss der ständigen Praxis des Reichs-

---

[10]) Bezüglich der ebenfalls nicht bedeutsamen Aenderung im Wortlaut, da in den Strafgesetzen von Vermögensvorteilen die Rede ist, die „mit Bezug auf ein Darlehn oder ein sonstiges Rechtsgeschäft", im B. G. B. hingegen von Vermögensvorteilen die „durch" ein Rechtsgeschäft versprochen oder gewährt werden, vergl. unten S. 24 f.

[11]) Vergl. dazu Hachenburg a. a. O. S. 107.

[12]) Hölder a. a. O. S. 307.

gerichts den ganzen Begriff „Wucher“ wirtschaftlich auffasst und besonders die Notlage nur als wirtschaftschaftliche zum Tatbestandsmerkmal des Wuchers erhebt.

B. Die Leistung des Wucherers.

I. Die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts.

a) § 2. Totale Nichtigkeit.

Nach § 138,2 B. G. B. ist ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen, ein sog. wucherisches Rechtsgeschäft und deshalb nichtig.

Es ist nun die Meinung aufgestellt worden, dass keineswegs das ganze wucherische Rechtsgeschäft von der Nichtigkeit betroffen werde, dass vielmehr sein normaler Bestandteil, weil nicht wucherisch, auch vollgiltig, nichtig dagegen nur die Ausbedingung der übermässigen Vermögensvorteile sei. So sagt Hellmann:[1]) „Nach § 138 ist für nichtig erklärt „ein Rechtsgeschäft, durch welches jemand unter Ausbeutung etc. sich Vermögensvorteile versprechen lässt, welche etc.“ Die Hingabe einer Summe mit Vereinbarung der Rückgabe ist kein solches Geschäft. Die Stipulation normaler Zinsen gleichfalls nicht. Folglich ist alles dies giltig. Erst die wucherische Zinsstipulation ist nichtig. Sie ist ein materiell selbständiges Geschäft neben dem Darlehn und der nichtwucherischen Zinsstipulation, zu

[1]) Hellmann a. a. O. S. 128.

dessen Abschluss der Bewucherte durch seine Notlage etc. bewogen wurde, während umgekehrt für den Wucherer der Abschluss der Wucherstipulation Beweggrund zum Darlehn war. — Von dieser Auffassung aus bietet auch § 139 keine Schwierigkeiten. Denn die Wucherstipulation ist da eben kein Teil des Darlehnsgeschäftes."

Aenlich behauptet Neumann[2]), die wucherischen Vorteile seien Gegenstand einer selbständigen Abrede, denn sie seien nur „mit Bezug" auf ein Darlehn gegeben. Zugleich errinnert er an die Fassung des § 302a R. Str. G. B., der ja in der Tat diese Worte enthält, aus denen man vielleicht eine äusserliche Scheidung zwischen dem normalen Darlehn und der wucherischen Zinsstipulation herleiten könnte. Aber für das B. G. B. kann das keinesfalls zutreffen, denn das spricht schlechthin von einem Rechtsgeschäft, durch das sich jemand f ü r eine Leistung in auffälligem Missverhältnisse zu ihr stehende Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt. Damit wird aber das wucherische Rechtsgeschäft in seiner Totalität von der Nichtigkeit ergriffen. Es stellen sich die vom Bewucherten dem Wucherer bewilligten Vermögensvorteile als Entgelt für die Gewährung des Darlehns dar, mithin können diese ebenso wenig vom Darlehn getrennt und als selbständiges Geschäft betrachtet werden wie die Entgeltsabrede bei einem anderen entgeltlichen Vertrage.

Mit Recht weist ferner Neubecker[3]) darauf hin, dass dann auch eine etwa bestellte Sicherheit für den nichtwucherischen Bestandteil des Darlehns weiter zu haften hätte, und fährt dann fort: „Konsequent muss Hellmann dann auch eine Kontraktsklage auf Erfüllung geben, wenn der Wucherer ein (wucherisches) Darlehn

[2]) Neumann a. a. O. zu § 817.
[3]) Neubecker in der Deutschen Juristen-Zeitung 1902 S. 569.

versprochen hat. Was bleibt dann überhaupt noch von der Nichtigkeit des Geschäfts, welche der § 138,2 gleich dem alten Rechte statuiert.

Für eine Leistung, „in rechtsgeschäftlichem Zuhang mit der Darlehnsgewährung“ [4]) werden die wucherischen Vermögensvorteile gewährt oder versprochen, und es ist logisch unmöglich, Leistung und Vermögensvorteile, diese im Verhältnis von Ursache und Wirkung zu einander stehenden beiden Seiten eines einzigen Rechtsverhältnisses trennen und in zwei selbständige Rechtsgeschäfte zerlegen zu wollen, deren eines giltig, das andere nichtig sein soll. Und wie sollten denn an sich betrachtete, selbständige Vermögensvorteile überhaupt wucherisch sein können, da ja erst ihr Zusammenhang ihr Verhältnis zu der vom Wucherer bewirkten Leistung das Wucherische und mithin Nichtige erkennen lässt. [5])

Die Auffassung Hellmanns zwingt den Parteien eine Absicht auf, der sie schon meist äusserlich, was das Gebilde ihres Geschäfts anlangt, nicht einmal genügen, die dem psychologischen Zusammenhang ihres Handelns aber diametral zuwiderläuft. — Damit fällt auch die Deduktion Hellmanns bezüglich des § 139 B. G. B. zusammen. § 139 bestimmt, dass bei Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Ausgehend von der oben dargelegten Ansicht, dass es sich bei der Leistung und den Vermögensvorteilen des wucherischen Rechtsgeschäfts um Teile eines Rechtsgeschäfts handelt, wird kaum angenommen werden können, dass dann der eine ohne den andern Teil vorgenommen sein würde.

[4]) R. G. Bd. XXX. S. 41.

[5]) Vergl. auch ferner R. G. Bd. XXXVI. S. 314, wonach selbst eine Hypothekenbestellung als Bestandteil eines Wuchergeschäfts aufzufassen ist.

Worauf Hellmanns Ansicht schliestlich hinausläuft, das hat der Gesetzgeber bei anderen Rechtsinstituten ausdrücklich statuiert, nämlich ein Ermässigungsrecht des Richters zu Gunsten der übernommenen Partei. Die §§ 343 und 655 des B. G. B. geben dem Richter das Recht, unverhältnismässig hohe Vertragsstrafen und Mäklergebühren auf Antrag des Schuldners auf den angemessenen Betrag herabzusetzen. Mit diesen Rechtsinstituten aber ist der Wucher nicht auf eine Stufe zu stellen. Denn Vertragsstrafen und Mäklergebühren sind gesetzlich anerkannte, wirtschaftliche Rechtsmittel, die sich im Verkehr als notwendig herausgebildet haben und überhaupt nur als accessorische Verpflichtungen vorkommen. Sie bestehen gar nicht als selbständige Rechtsgeschäfte, sondern sind immer nur in Beziehung auf andere denkbar; deswegen konnte hier der Gesetzgeber nicht Nichtigkeit eintreten lassen, da er ja damit zugleich auch ein fehlerfreies, nämlich das Hauptgeschäft getroffen hätte. — Die Leistung des Wucherers hingegen ist nicht in ähnlicher Weise als eine Abart des Darlehns zu bezeichnen, an dessen teilweiser Giltigkeit wenigstens der Gesetzgeber ein Interesse haben könnte. Im Gegenteil, er sieht darin einen Verstoss gegen die guten Sitten, den er durch die verhängte Nichtigkeit ahnden will.

Es ist mithin totale Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts anzunehmen.

b) § 3. Die allgemeinen Wirkungen der Nichtigkeit.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft „begründet nicht die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung, so wenig, als wenn es garnicht geschlossen wäre.“ [1]) Es ist eine

[1]) Windscheid a. a. O. I. S. 276. Vergl. auch § 108 des Entwurf I zum B. G. B.

„Totgeburt“, auf seiner Grundlage kann keine Vermögensverschiebung zustande kommen. Wenn trotzdem von einer Geltendmachung der Nichtigkeit gesprochen wird, so kann diese höchstens in der Aufdeckung der Tatsachen bestehen, die die Nichtigkeit begründeten. Stets jedoch ist derjenige, der die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts behauptet, für die die Nichtigkeit hervorrufenden Tatsachen beweispflichtig, es sei denn, dass sie aus dem Klagvorbringen bereits ersichtlich sind; dann bedarf es einer besonderen Geltendmachung von Seiten der Partei nicht, vielmehr hat der Richter sie ex officio zu berücksichtigen und die Beklagten selbst gegen seinen Willen nicht zu verurteilen. Andererseits kann die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts für und gegen jeden geltend gemacht werden, der daraus Rechte herleitet. Insbesondere würde die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts dem gutgläubigen Cessionar der wucherischen Forderungen schaden. Ein prozessualer Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit ist wirkungslos: sie kann daher in jedem Stadium des Verfahrens aufgedeckt werden und unterliegt auch noch der Prüfung des Reichsgerichts.[2]) Andererseits greift die materielle Wirksamkeit der Rechtskraft auch hier durch, sodass die Nichtigkeit einem rechtskräftig erkannten Anspruch gegenüber nicht mehr entgegengesetzt werden kann.[3]) — Eine auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts begründete Forderung oder eingegangene Verbindlichkeit besteht nicht; das durch ein nichtiges Rechtsgeschäft Geleistete kann vindiziert werden. — Auf die Nichtigkeit des

[2]) Vergl. R. G. Bd. VIII. S. 144. (E. des 3 C. S. vom 20. Januar 1883.)

[3]) Vergl. Seuffert Archiv Bd. XXXVII. S. 298. (Urteil des Bayr. Obersten Landgerichts vom 15. Oktober 1891).

Rechtsgeschäfts durch Einrede sich berufen und ihre Feststellung durch Klage verlangen kann jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat. (§ 256 C. P. O.[4])

II. Wirkungen des nichtigen Grundgeschäfts auf das abstrakte Leistungsgeschäft.

a) § 4. Nichtigkeit oder Giltigkeit des abstrakten Leistungsgeschäfts; Ursprung der Streitfrage.

Die im vorigen Paragraphen geschilderten allgemeinen Wirkungen der Nichtigkeit treffen insbesondere auch auf das wucherische Rechtsgeschäft zu.

Hiermit scheint nun § 817 B. G. B. aus der Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung nicht übereinzustimmen. § 817 lautet: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der

[4]) Indessen hat Lotmar („Die causa im römischen Recht") S. 10.)unrecht, wenn er dieser Summe negativer Folgen nun auch die Bezeichnung Rechtsgeschäft versagen will, „da nur diejenige Tatsache, welche Rechtsfolgen habe, den Namen Rechtsgeschäft verdiene" Denn wie Klingmüller (a. a. O. S. 85) hervorhebt, decken sich Nichtigkeit und Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts keineswegs; vielmehr hat auch das nichtige Rechtsgescäft noch Rechtsfolgen, z. B. wenn es den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht und anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde, oder ferner im Falle nachfolgender Bestätigung — §§ 140, 141 B. G. B. so dass das nichtige Rechtsgeschäft doch noch mehr als „nur tatsächlich vorhanden" ist, dass es selbst für das Recht noch in gewissen Beziehungen existiert. — A. M. Windscheid a. a. O. I. S 220, Anm. 2, der das nichtige Rechtsgescäft für das Recht „nicht existieren" lässt. — Vergl. zur ausgeführten Ansicht Leonhardt, Irrtum II S. 294ff, Archiv für bürg. Recht Bd. X. S. 8ff, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 139,

Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden". Somit handelt ein Paragraph aus dem Kondiktionensystem u. a. vom wucherischen Rechtsgeschäft, das ja — nach § 138,2 schlechthin nichtig — die oben auseinandergesetzten Wirkungen nach sich zieht. Wie kann da für eine Kondiktion Raum sein, die doch als Grundlage stets einen vollgiltigen Rechtsakt haben muss? Und weiter § 817 spricht mehrere Male von einer „Leistung" („d. h. doch eine giltige Leistung")[1]) durch welche der Kondiktionsschuldner etwas auf Kosten eines Anderen erlangt hat. Das ist doch nur so zu verstehen, dass das Gesetz von einem formell vollendeten nach den massgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- oder Vermögenserwerb"[2]) bei Zulassung einer Kondiktion immer ausgegangen wissen will. Kann aber auf Grund eines wucherischen Rechtsgeschäfts rechtsgiltig etwas geleistet werden und ein Rechts- oder Vermögenserwerb eintreten, kann ferner von einer Verbindlichkeit die Rede sein, die doch auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts nicht erst hätte entstehen können? Eine Kondiktion hat doch als Grundlage eine Vermögensverschiebung, die erst auf Grund „eines Urteils ex post"[3]) als ohne rechtlichen Grund erscheint, bei einem wucherischen, nach § 138,2 B. G. B. mithin nichtigen Rechtsgeschäfte kann ein Urteil ex post erst garnicht in Frage kommen, da von vornherein wegen der Nichtigkeit eine Vermögensverschiebung niemals zustande kommen konnte. Bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts muss also eine Kondiktion als ausgeschlossen gelten, vielmehr tritt die Vindikation ein und von einer

---

[1]) Enneccorus a. a. O. I. S. 223.
[2]) Klingmüller a. a. O. S. 109/110.
[3]) Lotmar a. a. O. S. 90.

Bereicherungsklage kann nur in vereinzelten Fällen die Rede sein, wenn etwa der Empfänger das Empfangen bereits in seinem Nutzen verwendet hatte.[4])

Aus diesen Erwägungen heraus haben denn in der Tat hervorragende Schriftsteller einen Widerspruch zwischen den §§ 138 und 817 B. G. B. konstatieren zu müssen geglaubt und haben den die Nichtigkeit statuierenden Paragraphen „als die prinzipiell und innerlich allein gerechtfertigte Vorschrift für massgebend erachtet“ [5]) als zwingendes Recht, das kein Parteiwille durchbrechen könne.

b) § 5. Die in der Litteratur vertretenen Ansichten.

Es soll im folgenden die Stellung der Litteratur zu der im vorigen Paragraphen geschilderten Streitfrage dargelegt werden.

Dernburg konstatiert an mehreren Stellen seines Werkes über das bürgerliche Recht eine Antinomie zwischen den §§ 138 und 817 B. G. B. Nach ihm ist ein wucherisches Rechtsgeschäft schlechthin nichtig, die Uebereignung kann sich im Rechtssinne demgemäss nicht vollziehen, „sodass der Uebereignende das gesetzwidrig oder unsittlicherweise Gewährte vindizieren kann.“ [1]) Selbstverständlich verkennt Dernburg nicht, dass hiermit § 817 nicht im Einklang steht. Jedoch will er diesen auf den Fall beschränkt wissen, dass die Vindikation des unsittlichen oder verbotenerweise Geleisteten unmöglich geworden ist, etwa weil es bereits vom Empfänger verbraucht ist. § 817 bestimmt dann für diese Fälle „den Umfang des persönlichen Rückforderungsrechtes“. Auch eine Loslösung der Zweck-

---

[4]) Vergl. Windscheid a. a O. § 423, No. 1, desgl. Kipp a. a. O. S. 12.

[5]) Dernburg a. a. O. II. S. 200.

[1]) Dernburg a. a. D II S. 601.

bestimmung vom Leistungsgeschäft, sodass die Unsittlichkeit und mithin Nichtigkeit des einen den Bestand des anderen nicht berührt, hält er für unvereinbar mit dem Sinn der bezüglichen Bestimmungen. Denn „jene Loslösung liegt auf dem Gebiete des privaten Willens, die Frage, ob eine Handlung ethisch verwerflich, also dem öffentlichen Wohl zuwiderlaufend ist, kann hiervon nicht abhängig gemacht werden“.[2])

Auch Klingmüller[3]) ist dieser Meinung, folgert sie aber aus dem Gesetz und seiner Behandlung der abstrakten Geschäfte. Nicht immer — führt er a. a. O. aus — treten die mit dem Tatbestande eines Geschäftsabschlusses gemeinhin verbundenen Rechtsfolgen ein, vielmehr verhindert der Gesetzgeber ihren Eintritt in allen den Fällen, wo übergeordnete Rechtsprinzipien zu wahren seien, und lässt hier das abstrakte Geschäft wegen der gesetzlich gemissbilligten Beschaffenheit des Zweckes nichtig sein, weil ja andernfalls der abstrakte Akt leicht dazu dienen könnte, unter seiner schützenden Hülle jeglichen Rechtsübergriff zu bergen, insbesondere alle vom Gesetzgeber wohlweislich angeordneten Formvorschriften illusorisch zu machen. Darum sei hier mit der Zweckbestimmung zugleich auch das Leistungsgeschäft nichtig, und es erhelle daraus, „dass der Gesetzgeber die Fäden, mit denen das abstrakte Geschäft an das kausale Verhältnis geknüpft ist, nicht völlig löst.“[4]) Diesen Behauptungen aber lässt Klingmüller keinen Beweis folgen: § 817 erwähnt er in diesem Zusammenhange nicht einmal.

Von dem Dernburg'schen Standpunkt geht, was die Eigentumsübertragung anlangt, auch Neubecker[5]) aus. Diese lässt er schlechthin nichtig sein, macht

---

[2]) Dernburg a. a. O. II. S. 601, Anm. 3.
[3]) Klingmüller a. a. O. S. 86.
[4]) Klingmüller a. a. O. S. 86.
[5]) Neubecker „Der abstrakte Vertrag“ a. a. O. S. 70.

aber mit Kohler[6]) eine Einschränkung für den Eigentumserwerb durch Besitzübertragung. Diese hält er für neutral, nicht aber das constitutum possessorium und die Vindikationscession. — Im übrigen scheidet er zwischen Verfügungen und Verpflichtungen.[7]) Die ersten — obschon das weder nötig noch berechtigt — seien abstrakt, und es seien mit Rücksicht auf die condictio ob turpem causam Realverfügungen und reine Willensverfügungen zu trennen. Die letzten „dagegen sind nicht abstrakt im materiellen Sinne".[8])

Noch etwas differenziert sich diese Ansicht bei Lotmar[9]) und Crome.[10])

Lotmar, der die Giltigkeit einer aus unsittlichem oder verbotenem Grunde bewirkten Uebereignung nicht berührt, will ebensolche Verbindlichkeiten — gemeint sind ja wohl nur abstrakte — unter Uebergehung des § 817 gemäss §§ 134, 138 B. G. B. als nichtige behandelt wissen. „Ist es nichtig, — fährt Lotmar a. a. O. fort — so erzeugt es keine Verbindlichkeit, es wird seinem Empfänger nichts geleistet, sodass es nicht begreiflich scheint, wieso gegen ihn eine „Rückforderung" gehen könnte; nur von einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit kann die Rede sein."

---

[6]) Kohler: Gesammelte Abhandlungen S. 7 ff.

[7]) Neubecker a. a. O. S. 92.

[8]) Vergl. auch noch Staub a. a. O. S. 1088. der das abstrakte Schuldversprechen, dessen causa gegen die §§ 134, 138 B. G. B. verstösst, wie ein Schuldversprechen zum Zweck der Erfüllung einer Spiel- oder Differenzschuld oder eines Ehemäklerlohnes behandelt — also nicht bloss ope exceptionis, sondern ipso iure nichtig sein lässt, indem er ausdrücklich den § 138 dem widersprechenden § 817 vorgezogen wissen will. — Aehnlich auch Hachenburg a. a. O. S 323: „Handelt es sich um eine zu Grunde liegende unsittliche Verpflichtung, so ist nicht nur eine Kondizierbarkeit des Schuldversprechens anzunehmen. Vielmehr ist dieses selbst nichtig, auch sein Inhalt verstösst gegen die guten Sitten. Denn der Zweck dieses Versprechens ist, die Erfüllung eines unsittlichen Geschäfts herbeizuführen".

[9]) Lotmar „Der unmoralische Vertrag" S. 62.

[10]) Crome a. a. O. S. 1001 ff.

Wenn er dann ferner annimmt, dass § 817 mit der Zulassung der „Rückforderung“ gegenüber der Verbindlichkeit nur deren Ungiltigkeit ausdrücken wollte, „die sich in der Rückforderung eines Schuldscheins äussern mag“, so kann man sich nicht wundern, wenn er „diese Ausdrucksweise weder glücklich noch üblich“ findet.[11])

Gründlicher und schärfer begründetet Crome seine Ansicht. Ausgehend von dem abstrakten Charakter der in Frage kommenden Geschäfte, will er weder schlechthin ihre Giltigkeit noch ihre Nichtigkeit annehmen. Vielmehr scheidet er die abstrakten Rechtsgeschäfte in solche, bei denen die abstrakte Natur, die Loslösung der Zuwendung der causa, auf Privatwillkür beruht und solche, wo das Gesetz die Zuwendung nur als abstraktes Geschäft zulässt oder als regelmässig abstrakt kennt. Das letzte ist der Fall bei den sachenrechtlichen Geschäften, denn die Uebereignung von Immobilien ist notwendig, die Uebereignung von Mobilien regelmässig abstrakt. Diese Uebereignungen sind giltig, auch wenn sie aus unsittlichem oder verbotenem Grunde erfolgt sind, denn den Parteien stand eben zur Verwirklichung des von ihnen gewollten Rechtseffektes kein anderer als dieser abstrakte Weg zu Gebote. Anders dagegen liegt es bei den schuldrechtlichen Verpflichtungen. Hier ist die abstrakte Fassung keineswegs die regelmässige oder gar notwendige Verpflichtungsart, sondern beruht lediglich auf dem Willen der Parteien, denen es völlig freisteht, statt durch einen abstrakten Wechsel sich etwa durch einen kausalen Schuldschein zu verpflichten. Fälle, in denen Verbindlichkeiten mittels Wechsels ein-

[11]) So auch Scherer a. a. O. zu § 817, der in diesem Paragraphen nur eine Wiederholung der §§ 134, 138 sieht, somit also — wie Lotmar — die Klage aus § 817 nur als eine Feststellung der Nichtigkeit auffasst.

zugehen sind, giebt es ja nicht. Wollte daher das Gesetz auf die lediglich von den Parteien abhängige abstrakte Fassung auch hier Rücksicht nehmen, so würde es der Gesetzesumgehung Tür und Tor öffnen.

Auf einem anderen Standpunkte steht die herrschende Meinung:[12]) Liegt der Mangel nur in der dem abstrakten Akte zu Grunde liegenden causa, in dem Versprechensgrunde, so kann das der ipso iure Giltigkeit des abstrakten Aktes nicht schaden — dieser vielmehr ist vollgiltig; und nur ope exceptionis in der Defensive, mittels einer condictio in der Offensive kann die vitiöse causa wieder ans Tageslicht gezogen werden. So „macht das Recht die endgiltige Vermögensverschiebung zwischen den beiden zunächst Beteiligten im Endeffekt durchaus von der causa abhängig". [13]) Dieses Resultat ergiebt sich sowohl aus der Behandlung der abstrakten Rechtsgeschäfte im B. G. B., das immer ihren selbständig verpflichtenden Charakter betont, wie auch aus dem ganzen System der Kondiktionen, die ja stets einen Eigentumsübergang zur Voraussetzung haben. Daher kann auch eine abstrakte schuldrechtliche Verpflichtung nicht anders beurteilt werden wie eine sachenrechtliche Uebereignung.

Im vorstehenden sind die Hauptgruppen der in der Litteratur verfochtenen Anschauungen und ihrer Vertreter genannt. Was sonst noch auftritt, ist so

---

[12]) Oertmann „Das abstrakte Geschäft im deutschen B. G. B." a. a. O. S. 249—253, derselbe: Kommentar zum B. G. B. II zu § 817, derselbe: „Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde" a. a. O. S. 105—108, ferner Enneccerus a. a. O. I. S. 247, II. S. 831, Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 141, derselbe: Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung S. 27, Kipp a. a. O. S. 12, Windscheid-Kipp a. a. O. § 412b, S. 776, Jakobi a. a. O. S. 93, Leonhard a. a. O. S, 379, Kuhlenbeck a. a. O. zu § 817, Rehbein a. a. O. S. 188, No. 3, Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 42, S. 202 und in seiner dritten Auflage auch Matthiass a. a. O. S. 702 f.

[13]) Oertmann: „Das abstrakte Geschäft" a. a. O. S. 252.

allgemein gehalten und wenig abgeklärt, dass von einer Stellungnahme zu der behandelten Streitfrage nicht die Rede sein kann. Aus etlichen Andeutungen einzelner Schriftsteller schliessen zu wollen, dass sie der einen oder der anderen und insbesondere der eigenen Meinung sind, wäre unbillig und wohlfeil zugleich.

c) § 6. Stellungnahme.

Diese Streitfrage lässt sich unseres Erachtens nur lösen, indem wir auf die Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte eingehen.

Ein abstraktes Rechtsgeschäft ist ein solches, das aus dem Abschlussakt den Rechtsgrund entfernt und ihn in die Rolle des rechtlich unerheblichen Motivs verweist.[1]) Es zeigt sich auch hierin eine Anwendung des Gedankens, der das empirisch einheitliche Rechtsgeschäft in Mittel und Zweck zerlegt, eine Tat, die, wie Zitelmann sagt,[2]) „eine der grössten und folgenschwersten des menschlichen Geistes“ gewesen ist, „ohne welche, man darf kühn sagen, die gesamte Entwirklung unseres modernen Vermögensverkehrsrechts unmöglich wäre“.

Das abstrakte Rechtsgeschäft steht, obschon nur als ein Teil des normalen, kausalen Geschäfts erscheinend, als der Teil nämlich, welcher zur Erreichung des rechtsgeschäftlichen Erfolges notwendig war, selbständig und ohne Stütze und ist mit allen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts bekleidet. Diese Geschäfte gleichen, wie Lotmar[3]) treffend bemerkt, den Hilfszeitwörtern der Sprache „als welche nicht minder vor der Grammatik Zeitwörter sind und doch keine andere Aufgabe erfüllen, als Zeitwörter in ihrem Berufe zu unterstützen“. Die

[1]) Vergl. hierzu Klingmüller a. a. O. S. 37.
[2]) Zitelmann „Möglichkeit eines Weltrechts“ S. 210.
[3]) Lotmar „Ueber causa im römischen Rechte“ S. 45.

abstrakten Rechtsgeschäfte sind nach Ihering[4]) das Ergebnis einer analytischen Vereinfachung des Tatbestandes: ihre Wirkung besteht darin, dass bei dem Urteile über den nächsten Erfolg eines solchen Rechtsgeschäftes nur gefragt werden darf, ob die Parteien den Eigentumsübergang, die Wechselverpflichtung etc. gewollt haben, nicht aber, zu welchem Zweck, noch weniger, ob der Zweck erreicht ist".[5])

Es ergiebt sich mithin als begrifflicher Unterschied der kausalen und abstrakten Rechtsgeschäfte, dass in jenen die Zweckbestimmung als Essentiale in den Inhalt des Geschäfts tritt, während in diesen „die juristische Absicht durch Ausscheidung des Kausalmomentes aus dem gesetzlich erforderlichen Geschäftsinhalt in die Stelle des rechtlich unerheblichen Motivs zurückgedrängt wird,"[6]) dass also der Mangel des Rechtsgrundes in dem einen Falle Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge hat im andern Falle seine Existenz nicht berührt.

Die Notwendigkeit abstrakter Rechtsakte für den Verkehr wird nur ganz vereinzelt noch bestritten[7]),

---

[4]) Ihering a. a. O. III, 1 S. 206 ff.

[5]) Regelsberger a. a. O. I S. 608. — Darum irrt Neubecker („der abstrakte Vertrag" a. a. O. S. 69, Anm. 13), wenn er, um seinen Standpunkt (s. o. S. 42) zu stützen, auf den Wortlaut des Gesetzes Bezug nimmt, das nach § 817 den Wortlaut entscheiden lasse, ob ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliege, und dann fragt: „Hat ein sog. „abstraktes" Geschäft etwa keinen Zweck?" — Allerdings hat auch das abstrakte Geschäft einen Zweck, der hier wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft „psychologische Notwendigkeit" (Bähr a. a. O. S. 8) ist. Aber für die Rechtsordnung existiert er nicht, sie ignoriert ihn, da sie ja abstrahiert.

[6]) Klingmüller a. a. O. S. 84.

[7]) Vergl. Kindel a. a. O S. 77, der in der Zulassung abstrakter Rechtsgeschäfte einen „Widerspruch gegen alle Logik und praktische Rechtsvernunft", „den vollendetsten Ausdruck des Manchestertums in der Jurisprudenz", sieht. Vergl. ferner Meissner a. a. O. II. S. 260f, Kuhlenbeck a. a O. S. 321f, Gierke a. a. O. zu den den §§ 780ff B. G B. entsprechenden §§ des ersten Entwurfs, Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 27; vergl. auch Neubecker „der abstrakte Vertrag a. a. O. S. 79, der die Daseinsberechtigung des abstrakten obligatorischen Vertrages anzweifelt.

weswegen auch die erste wie die zweite Kommission die auf Streichung der einschlägigen Paragraphen lautenden Anträge ablehnte.[8])

Die abstrakten Rechtsakte sind zugelassen, zum Teil sogar unter Ausschluss der Möglichkeit, auf kausalem Wege denselben Rechtseffekt hervorzubringen, es ist daher in der Loslösung der causa vom Leistungsgeschäfte mehr als ein „zufälliger und rein äusserlicher Umstand"[9]) zu erblicken. Es liegt darin ein vom Gesetz erlaubtes, bisweilen gebotenes und mit Wirkungen versehenes Handeln. Denn die Rechtsordnung hat doch nun einmal der Einfachheit der Rechtsverhältnisse halber dieses Abstrahieren von der causa sanktioniert, somit liegt diese Loslösung nicht allein „auf dem Gebiete des privaten Willens", sondern wird in Uebereinstimmung mit dem Gesetzgeber vorgenommen. Wählen die Parteien einen ihnen vom Gesetz zur Verfügung gestellten abstrakten Vertrag, „so bekunden sie damit in vorschriftsmässiger Form ihren Willen, eine bestimmte Verpflichtung eben nur als Verpflichtung zu wollen, losgelöst von ihrem Rechtsgrunde, befreit von allen sonstigen, die causa des Geschäfts betreffenden Vorschriften, und erklären sich demgemäss bereit, alle mit der Uebernahme einer derartigen Verpflichtung verbundenen, von der Rechtsordnung vorgesehenen Folgen auf sich zu nehmen.".[10])

Dieser Grundsatz nun kann auch in den Fällen nicht durchbrochen werden, wo es sich um eine gegen die guten Sitten verstossende und darum nichtige causa handelt, und er darf keineswegs in einen Zusammenhang mit der ethischen Verwerflichkeit einer Handlung

[8]) Protokolle S. 502.
[9]) Dernburg a. a. O. II,1 S. 199.
[10]) Klingmüller a. a. O. S. 56. — Es wird sich im Verlauf der Erörterungen weitere Gelegenheit ergeben, mehr auf die Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte einzugehen.

gebracht werden. Die Moralwidrigkeit liegt vollkommen in der losgelösten causa; mit ihr wird auch das unsittliche Element aus dem Leistungsgeschäft entfernt, das dann als ein tadelfreies, vollgiltiges dasteht.

Wenn aber Klingmüller [11]) trotz der oben angeführten, das Wesen der abstrakten Rechtsakte scharf treffenden Sätze nachher zu dem Resultat kommt, dass das abstrakte Geschäft nichtig ist, wenn seine causa gesetzlich gemissbilligt ist, dass dem „künstlichen Abstraktionsprozess" der Erfolg wieder genommen wird, wenn übergeordnete Rechtsprinzipien durch diesen Erfolg verletzt werden würden, so ist das unseres Erachtens eine falsche Klassifizierung des Moralprinzipes und der abstrakten Geschäfte, die in kein Verhältnis zu einander gesetzt werden können. Vorschriften des Gesetzgebers, die lediglich die formale Tendenz des Gesetzes betreffen, wie die über die abstrakten Rechtsakte, können nichts Moralwidriges enthalten, da sie sich ja nur an das Funktionieren von Rechtssätzen wenden — Sittenprinzipien können vielmehr nur in dem materiellen Stoff von Gesetzen zur Geltung kommen. Wenn Klingmüller trotzdem annimmt, dass das in der Zulassung abstrakter Rechtsgeschäfte zum Ausdruck gekommene formalistische Prinzip wider die Moral verstosse, wenn die verschwiegene Zweckbestimmung gesetzlich gemissbilligt ist, so setzt er unseres Erachtens zwei innerlich getrennte Begriffe in eine Linie, womit er dann freilich das Recht erwürbe, von Ueber- und Unterordnung zu sprechen.

Denselben die Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte verkennenden Standpunkt hat Dernburg inne und kommt von ihm aus zu seinem Resultat.

Inkonsequent ist es unseres Erachtens, wenn Neubecker von seinem prinzipiellen Standpunkt der „zwin-

[11]) Klingmüller a. a. O. S. 86. Vergl. auch oben S. 27.

gendem, fundamentalen Vorschrift des § 138“ [12]). die die Parteien nicht umgehen können. von einer neutralen Natur der Besitzübertragung spricht. Denn auch hier ragt die causa, die Zweckbestimmug, in der Gestalt des Motivs hinein, dem Neubecker ja sonst eine so weitgehende, schlechthin beachtliche Wirkung zuschreibt. Ferner ist die Vindikationscession. die blosse Abtretungserklärung ebenso „neutral“ wie die Cession. Neutral ist eben schlechthin das abstrakte Geschäft. Nur für das constitutum possessorium könnte man vielleicht eine Ausnahme zulassen, indem man deduciert, dass die turpis causa hier das vermittelnde Rechtsverhältnis ergreift. — Ist endlich die Auflassung nicht völlig neutral? Die Auffassung Neubeckers von der neutralen Natur der Tradition ist lediglich eine Annäherung an den von uns vertretenen Stannpunkt (s. weiter unten). Im übrigen übersieht sie wie die Dernburgs etc. eben ganz, dass das Recht hier einen künstlichen logischen Abstraktionsprozess vornimmt. der in derselben künstlichen Weise, nämlich durch besondere Rechtsmittel, die Kondiktionen. wieder ausgeglichen wird. Dass diese Ausgleichung nicht restlos von statten geht, ist kein Grund, vom Prinzip der Abstraktion auch nur einen Fuss breit abzuweichen. Denn die Möglichkeit einer gesetzlichen Ausgleichung ist immer vorhanden. Hat das Gesetz im § 817 einen anderen Standpunkt eingenommen als z. B. im § 762, so kann das vielleicht bedauert. muss aber hingenommen werden. Im übrigen ist es weder recht ersichtlich, wie die Auffassung Neubeckers mit seiner Theorie der Scheidungen zwischen Verfügungen und Verpflichtungen, in Einklang zu bringen, noch insbesondere seine Behauptung verständlich. die Verpflichtungsakte seien nicht abstrakt im materiellen Sinne. Hat Neu-

[12]) Neubecker „Der abstrakte Vettrag“ a. a. O. S. 88, 89.

becker etwa auch hier den gar zu bequemen Weg gewählt: „Der Wortlaut des B. G. B. ist nicht der Weissheit letzter Schluss".[13]) Oder soll der aphoristische Schluss des Aufsatzes nur de lege feranda gedacht sein?

Auf der anderen Seite aber ist doch die Kraft der abstrakten Rechtsakte nicht so gross, dass nun eine Einwirkung der gesetzlich reprobierten, der wucherischen causa auf das abstrakte Geschäft schlechthin ausgeschlossen wäre, vielmehr findet sich im Kondiktionensystem die notwendige Reaktion gegen das Abstraktionsprinzip. Hier tritt das objektive Recht, nachdem es zuvor — generalisierend — jedwede causa gleich, nämlich als ohne Wirkung auf den Abschlussakt des Geschäfts behandelt hat, ausgleichend wieder ein und hebt den strengen Formalismus des Abstraktionsprinzipes auf. Das abstrakte Rechtsgeschäft entsteht zwar unabhängig von der causa, an seinem Bestehen aber hat die Rechtsordnung nur dann ein Interesse, wenn ihm eine rechtlich brauchbare causa zu Grunde liegt. Im letzten Grunde ist also das abstrakte Rechtsgeschäft doch wieder von der causa abhängig. „Der Parteiwille kann diesen Zusammenhang zwar lockern, aber nicht lösen".[14]) In den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung tritt die causa wieder hervor, hier ist die Stelle, wo sie einer Untersuchung unterzogen werden kann, wo bei einem Mangel der causa „die Rechtsordnung, soweit tunlich, die Wunden heilt, die sie selber schlägt".[15]) Ist ja doch das ganze Kondiktionensystem auf die abstrakten Rechtsgeschäfte zugeschnitten, denn nur bei ihnen können Fälle von Vermögens-

---

[13]) Neubecker „Der abstrakte Vertrag" a. a. O. S. 71.

[14]) Kipp „Parteiwille" S. 12.

[15]) Dernburg a. a. O. II,2 S. 592. Vergl. auch Strohal a. a. O. S. 410, der von seinem den abstrakten Geschäften abgeneigten Standpunkt aus sagt: Die Kondiktion ist die Korrektur eines Fehlers.

verschiebungen ohne rechtlichen Grund, die einer Ausgleichung durch Rückforderung bedürfen, vorkommen [16]) — Geschäfte, die die causa als essentiellen Bestandteil aufgenommen haben, causale Geschäfte, sind ja bei Mängeln der causa nichtig und geben einer Kondiktion erst keinen Raum: hier verbleibt dem leistenden Teile wegen der Nichtigkeit des stattgehabten Geschäfts das stärkere Recht: er kann vindizieren.[17])

Andererseits hat der Gesetzgeber im § 518 B. G. B. ausdrücklich bestimmt, dass ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, dessen Zweckbestimmung Schenkung ist, der durch § 518 B. G. B. für das Schenkungsversprechen bestimmten gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, dass ferner abstrakte Verbindlichkeiten, die zum Zweck der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld, eines Differenzgeschäfts oder Ehemakellohns eingegangen werden die Nichtigkeit des Grundgeschäfts teilen: §§ 656.2, 762.2 764 B. G. B. Obschon auch hier die causa aus dem Inhalt des Geschäfts ausgeschieden ist, so wirkt sie in diesen Fällen dennoch unmittelbar auf den Bestand des Geschäfts. Aber doch nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung! Allerdings hätte man danach folgerichtig eine solche auch für die abstrakten Geschäfte mit gesetzlich reprobierter causa erwarten können. Aber hier ist der Gesetzgeber seinem Prinzip untreu geworden: für die abstrakten Rechtsgeschäfte mit unsittlicher oder verbotener causa fehlt eine ana-

[16]) Vergl. Neubecker „Der abstrakte Vertrag" a. a. O. S. 79: „Die Idee des abstrakten obligatorischen Vertrags verlangt als dogmatisches Widerspiel die condictio." . . . . . „Ohne dieses Ventil würde man in dem luftleeren Raum des abstrakten Vertrags ersticken."

[17]) Bezüglich der Fälle, wo trotz Nichtigkeit des Geschäfts doch nur die Kondiktion statthat, vergl. oben S. 21.

loge Bestimmung, die die Nichtigkeit des abstrakten Aktes wie in den oben genannten Fällen statuieren würde.[18]) Im Gegenteil zeigt ja gerade § 817 durch die Gewährung der Kondiktion, dass der Gesetzgeber hier von der formellen Giltigkeit des abstrakten Aktes ausging und zwar ohne Unterschied, ob das absrakte Rechtsgeschäft die Leistung oder ein Versprechen zum Gegenstande hatte.

Wenn Crome[19]), Neubecker[20]) u. a. trotzdem eine Scheidung zwischen den abstrakten schuldrechtlichen Verpflichtungen und den sachenrechtlichen Uebereignungen dahin machen wollen, dass die ersten als von den Parteien freiwilig und bei reprobierter causa meist nur um der Verwerflichkeit der causa willen abstrakt gewählte Rechtsakte wegen der durch sie drohenden Gefahr der Gesetzesumgehung vor dieser causa nicht geschützt, vielmehr von ihr affiziert und gleich ihr nichtig seien, so setzen sie sich mit dem Wortlaut des § 817 in Widerspruch, da in diesem keineswegs von einer solchen Scheidung die Rede ist. Im Gegenteil spricht § 817 in demselben Sinne, wie es auch sonst in dem Kondiktionensystem der Fall ist, von der Rückforderung einer Leistung, die auch in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehen kann. § 817

---

[1]) Vergl. Kipp a. a. O. S. 12, ferner Windscheid-Kipp a. a. O. II. S. 826 27: „Ist die Zwecksetzung wegen absoluter Schranken des Gesetzes nichtig, so ist auch nach B. G. B. möglich, sowohl, dass von dieser Nichtigkeit das Leistungsgeschäft mitbetroffen wird, wie, dass dies nicht der Fall ist . . . . . Abgesehen von solchen besonderen Vorschrifen aber ist, wenn die Zwecksetzung verbotswidrig oder unsittlich ist, die Leistung giltig und unterliegt der Rückforderung nach Massgabe des § 817".

[19]) Crome a. a. O. S. 1001. Vergl. oben S. 24 f.

[20]) Neubecker „Der abstrakte Vertrag" a. a. O. S. 66 und die dort Citierten. Vergl. auch noch insbesondere S. 80 a. a. O.

sagt ja ausdrücklich: . . . . . „es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand".[21])

Und konsequent kann auch Crome seinen Grundsatz nicht durchführen, da er die zur Zirkulation bestimmten Papiere wie Anweisung, Inhaber- und Orderpapiere in den Händen eines gutgläubigen Dritten Kraft gewinnen lassen muss, denn Einwendungen gegen die Giltigkeit der Verpflichtung sind ja nur insoweit zulässig, als sie sich aus dem Inhalt des Papiers ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen, (§§ 784, 796 B. G. B., Art. 82 W. O., § 362,2 H. G. B.). Hier schlägt also auch für Crome die Stunde, wo er die formelle Giltigkeit der abstrakten Rechtsakte auch bei schuldrechtlichen Verpflichtungen anerkennen muss: „Der verwerfliche Grund der Ausgabe oder einer weiteren Begebung des Papiers wirkt dann nur im Rahmen einer condictio zwischen den Beteiligten, unter denen er vorliegt, z. B. im Deckungs- oder Valutaverhältnis.[22])

Wenn ferner Oertmann[23]) im Anschluss an § 302b R. Str. G. B. scheiden will zwischen der gleichzeitig mit der wucherischen Leistung oder anticipativ stattgefundenen Hingabe eines Wechsels und der nachträglichen Ausstellung eines solchen und im ersten Falle die Ausstellung und Hingabe des Wechsels ein

[21]) Vergl. auch Stammler „Die Lehre vom richtigen Rechte", S. 493 494: „Das abstrakte Eingehen einer Verbindlichkeit in den besonderen gesetzlichen Formen gilt als Vermögensleistung. Wie der Kaufmann die erhaltene Tratte im Haben bucht, so wird die Hingabe und Annahme jener abstrakten Schuldurkunden bereits wie eine Zahlung mit Barmitteln behandelt. Darum findet auf sie nicht § 138, sondern § 817 mit Grund Anwendung. Hierbei ist vorausgesetzt, dass eine Leistung auch wirklich gemacht worden ist".

[22]) Vergl. auch Neubecker a. a. O. S. 87, nach dem Inhaberpapiere und Wechsel, die Wertpapiere öffentlichen Glaubens, unbedingt aus der Erörterung ausscheiden müssen — ihre Giltigkeit bei gegen die guten Sitten verstossender causa zweifelt er nicht an.

[23]) Oertmann: „Abstrakte Versprechen." a. a. O. S. 108.

Stück des wucherischen Geschäfts selbst nennt, während im letzten Falle „dessen Abschluss in der Vergangenheit liegt und vom Verstoss gegen das Wucherverbot abgesehen, bereits eine selbständige Verbindlichkeit auch ohne die Wechselausstellung erzeugt haben würde," wenn er unter Ausdehnung dieses Grundsatzes auf gewöhnliche Schuldversprechen und Inhaberschuldverschreibungen schliesslich zu dem Resultat kommt, dass diese eingegangenen Verbindlichkeiten nichtig sind, soweit ihre Ausstellung selbst als direkter Bestandteil des wucherischen Geschäftes anzusehen ist." für den Fall aber, dass sie auf eine bereits perfekt abgeschlossene wucherische causa hin nachträglich ausgestellt werden, die Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung Platz greifen lassen will, so setzt er sich vor allem mit der an anderen Stellen[24]) von ihm lebhaft verfochtenen Lehre, der ipso iure Verbindlichkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte in Widerspruch. Dort[25]) gerade behauptet er: Kauf und Uebergang eines Bordells mögen unsittlich sein, der über den Kaufpreis ausgestellte Wechsel jedoch enthalte keinerlei neue Unsittlichkeit. Ausdrücklich betont er dann ferner, dass es mit dem über das wucherische Darlehn ausgestellten Wechsel oder abstrakten Schuldversprechen genau so stehe, denn der Wechsel, dies notwendig abstrakte Schuldversprechen, kann keinerlei Kriteria des Wuchers aufweisen. Von einem Einfluss der Zeit, ob gleichzeitige oder nachträgliche Ausstellung, ist nirgends die Rede. — Und in der Tat darf so zufälligen Umständen keinerlei Bedeutung beigemessen werden.

Auch nicht von einem Widerspruch zwischen den §§ 138 und 817, wie Dernburg es will,[26]) kann die

---

[24]) Vergl. oben, S. 25, Anm. 12.
[25]) Oertmann „das abstrakte Geschäft" a. a. O. S. 253.
[26]) Vergl. oben S. 21.

Rede sein, da die gesetzliche Regelung mit der Natur des abstrakten Rechtsgeschäfts, der aus dem Inhalt der Leistungsgeschäfts ausgeschiedenen Zweckbestimmung, vollkommen im Einklang steht, — von einem Widerspruch, einer Inkonsequenz kann man höchstens insofern sprechen, als hier das Gesetz seinen sonst vertretenen Standpunkt in der Regelung der Folgen eines abstrakten Rechtsgeschäfts mit gesetzlich reprobierter causa verlassen hat.

Es bleibt mithin als einziger dem Gesetz entsprechender Standpunkt in dieser Streitfrage: Giltigkeit des abstrakten Leistungsgeschäfts trotz Nichtigkeit der verwerflichen Zweckbestimmung, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich eine inficierende Wirkung der nichtigen Zwecksetzung auf den abstrakten Rechtsakt statuiert.

C. Das Rückforderungsrecht des Wucherers.

§ 7.

Dass es sich in der im vorigen Paragraphen besprochenen Kontroverse nicht um einen leeren Prinzipienstreit handelt, sondern um eine Frage von ausserordentlich wichtiger praktischer Bedeutung, lehrt ein Blick auf die nunmehr zu behandelnde Frage des Rückforderungsrechtes des Wucherers.

Wären die §§ 138 und 817 in der Tat einander widersprechend und jener diesem vorzuziehen, würde sich also die Nichtigkeit der wucherischen Zweckbestimmung auch auf das zu ihrer Ausführung erfolgte Leistungsgeschäft erstrecken, so wäre folgerichtig dem Wucherer die Vindikation des durch den nichtigen Akt Hingegebenen zu gestatten. Seltsamerweise aber lehnen gerade Vertreter der Theorie, wonach das abstrakte Leistungsgeschäft ipso iure nichtig ist, so Vindikation

wie Kondiktion des Wucherers überhaupt ab.[1]) Es wird der Grundsatz dafür ins Feld geführt, dass niemand sich auf seine eigene Unsittlichkeit berufen dürfe.[2]) Aber erstens ist dieser Grundsatz so allgemein gar nicht anerkannt — das frühere römische Recht, insbesondere ferner die Reichswuchergesetze kannten ihn nicht — und zweitens ist es so sicher nicht, ob überhaupt von einer Berufung auf eigene Unsittlichkeit die Rede sein kann, wenn der Wucherer die tatsächlich bewirkte Leistung zurückfordert: A. lässt sich von B unter Ausbeutung der Notlage für wirklich hingegebene 1000 am 1. Januar 1904 fällige 1500 versprechen. B zahlt nicht, worauf A die 1000 einklagt, ohne überhaupt den Versuch gemacht zu haben, die unverhältnismässigen Vorteile von 500 zu erlangen. Hier stützt A seine Klage auf das tatsächlich hingegebene Darlehn — eine Berufung auf eigene Unsittlichkeit kann unseres Erachtens darin nicht gefunden werden.

Die Annahme der Nichtigkeit des Leistungsgeschäfts ist im vorigen Paragraphen als verfehlt nach-

---

[1]) Wenn z. B. Neubecker, deutsche Jur. Ztg. vom 15. XII. 02 S. 569, argumentiert: „Das wucherische Rechtsgeschäft ist nach § 138,2, als gegen die guten Sitten verstossend, total nichtig. Gilt dasselbe von der „Leistung?“ Der Zweck, die causa, entscheidet darüber . . . . . Danach ist die Leistung auf Grund eines gegen die guten Sitten verstossenden Geschäfts von demselben Charakter“, so dürfte er konsequenterweise von der Gewährung oder Versagung einer Kondiktion erst garnicht handeln, für ihn käme als Folge des total nichtigen Geschäfts überhaupt nur die Vindikation in Frage. Wenn ferner Papcke a. a. O. S. 39 sagt: „Die Behauptung, dass das wucherische Leistungs- und insbesondere Erfüllungsgeschäft formell giltig sei, lässt sich dadurch widerlegen, dass alles im wucherischen Rechtsgeschäft Geleistete, wie wir demnächst sehen werden, nach Massgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausgefordert werden kann“, so muss doch gesagt werden, dass das von einer merkwürdigen Verwirrung zwischen Nichtigkeit und Giltigkeit und einer völligen Verkennung des Wesens der Kondiktionen zeugt.

[2]) Vergl. z. B. Neubecker „Der abstrakte Vertrag“ a. a. O. S. 89 f.

gewiesen, es ist aber auch der Ausschluss des Rückforderungsrechtes des Wucherers vor dem Gesetze unhaltbar.

Durch die Gewährung der Kondiktionen tritt das objektive Recht „einem juristischen Formalismus entgegen, der sich immer leicht einstellt, wenn von vornherein für alle Fälle bestimmte Voraussetzungen mit bestimmten rechtlichen Wirkungen aufgestellt“[3] werden. Nunmehr wird das Abstraktionsprinzip vollkommen verlassen, das Gesetz kehrt zu dem materiellen Prinzip zurück und holt die ausgeschiedenen Kausalmomente zum Zwecke der Prüfung, ob die eingetretene Vermögensverschiebung von Bestand sein solle, wieder hervor.[4]

Von der Verwerflichkeit der Zweckbestimmung und ihrer Einwirkung auf das Leistungsgeschäft handelt § 817 B. G. B. — Jedoch hat das B. G. B. im Gegensatz zum römischen Rechte und dem ersten Entwurfe ausser den Spezialregeln noch an den Anfang des Kondiktionensystems ein allgemeines Prinzip der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gestellt, das generell wirkende Grundsätze aufstellt, und dem sich die durch das Gesetz hervorgehobenen, einzelnen Kondiktionstatbestände unterzuordnen haben.[5]

Allerdings ist dies gerade mit Bezug auf § 817 neuerdings von Jung[6] bestritten worden mit der Konsequenz, dass bei Rückforderung wegen Verwerflichkeit der Zweckbestimmung lediglich § 817 und nicht auch § 812 Anwendung finden könne. Denn hier handele es sich nicht, wie § 812 fordert, um ein Fehlen des rechtlichen Grundes („ohne rechtlichen

[3] Klingmüller a. a. O. S. 104.
[4] Vergl. auch oben S. 31 ff.
[5] Vergl. hierzu Planck a. a. O. S. 574, No. II, Schollmeyer a. a. O. S. 108.
[6] Jung a. a. O. S. 115.

Grund"). da ja die causa teils vorhanden und nur durch besondere gesetztliche Bestimmung ihrer rechtlichen Wirkung beraubt sei, teils sogar der Leistungszweck erreicht sei.[7]) Die Rückforderung, die § 817 statuiert, sei mithin kein Bereicherungsanspruch, sondern ein exceptionelles Rechtsmittel, gegeben für die Fälle, wo „das obligatorische Verhältnis an sich nicht gegen die guten Sitten verstösst, sondern erst weitere Erwartungen und Absichten es sind, die der Transaktion jenen Charakter aufprägen."[8]) — Was Jung unter den weiteren Erwartungen und Absichten versteht, ist doch wohl nichts anderes, als was man gemeinhin unter Motiven versteht: das Motiv aber ist rechtlich unerheblich, von ihm spricht § 817 nicht, wenn von der Zweckbestimmung der Leistung die Rede ist. Wo also nicht das obligatorische Verhältnis an sich, sondern nur ein Motiv des Leistenden gegen die guten Sitten verstösst, da kommt eine Rückforderung überhaupt nicht erst in Frage. — Will aber Jung unter den weiteren Erwartungen und Absichten doch mehr als das Motiv, will er die Zweckbestimmung des Rechtsgeschäfts — also etwas Essentielles — darunter verstanden wissen, so hätte ja das obligatorische Verhältnis einen unsittlichen Charakter und wäre um deswillen nichtig — mit welchem Rechte will da Jung von dem Vorhandensein eines rechtlichen Grundes sprechen, da ja das Gesetz diesen Grund wegen seiner Verwerflichkeit ausdrücklich als nicht vorhanden annimmt? Die von ihm gemachte Unterscheidung zwischen einem in Wirklichkeit mangelnden und einem nur für das Gesetz nicht vorhandenen Rechtsgrunde

[7]) Jung l. c. sagt: „Es ist nicht das Fehlen der obligatorischen Verbindung zwischen den beim Leistungsgeschäft Beteiligten, sondern das ausdrückliche Verbotensein der Sonderverbindung, was hier den Grund der Rückforderung bildet."

[8]) Jung l. c.

ist verfehlt. In beiden Fällen fehlt es rechtlich an einer causa, ihre tatsächliche Existenz ist ohne Belang, ihr rechtliches Vorhandensein nur hat Bedeutung, und dies bestimmt in allen Fällen das Gesetz, das zwischen einem tatsächlich fehlenden und einem nur rechtlich fehlenden und darum seiner Wirkung beraubten Rechtsgrunde keinen Unterschied macht. — Ebenso wenig aber darf Jung der Erreichung des erstrebten Leistungszweckes irgendwelche rechtliche Bedeutung beimessen.

Die Zuwendung aus einem gesetzlich missbilligten Grunde muss also, da eine spezielle Kondiktion auf sie nicht Anwendung findet.[9]) gleich einer ohne rechtlichen Grund bewirkten Zuwendung behandelt werden: auch sie fällt mithin unter das allgemeine Kondiktionsprinzip des § 812: Der Empfänger, der wegen der Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts etwas ohne rechtlichen Grund vom Wucherer erlangt hat, ist zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet. Dieses Resultat ist nun neuerdings von Dernburg und Neubecker als falsch bekämpft worden.[10]) Sie gehen davon aus, dass, wie bei der gemeinrechtlichen condictio ob turpem causam, die Rückforderung nicht nur bei beiderseitiger turpitudo ausgeschlossen sei, sondern „kraft Analogie" auch schon dann, wenn nur einer — der Leistende oder der Empfänger — sich in turpitudine befindet.

Es mag zugegeben werden, dass der Wucherer nicht nur durch die Annahme der übermässig hohen Vermögensvorteile oder des Versprechens solcher, sondern schon durch die Hingabe seiner Leistung gegen die guten Sitten verstösst, weil hier die Zweckbestimmung in das Leistungsgeschäft hineinragt und den Wucherer

[9]) Vergl. hierzu die folgenden Erörterungen.

[10]) Vergl. Dernburg a. a. O. I. S. 383, Neubecker „deutsche Jur. Ztg." vom 15. XII. 02, S. 569, und vor ihnen Cohn bei Gruchot Bd. 41.

als den unsittlich Handelnden erscheinen lässt und weil anderenfalls die Einheit des Geschäfts zerrissen werden würde. — Es ist andererseits unbestreitbar, dass der Bewucherte regelmässig durch die Annahme der Leistung nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstossen wird. Wir haben es demgemäss beim wucherischen Rechtsgeschäft mit einer turpitudo solius dantis zu tun. Und da von ihr § 817 direkt nicht spricht, so versucht man kraft Analogie das Rückforderungsrecht des unsittlichen Gebers, insbesondere des Wucherers, auszuschliessen.

Neubecker begründet dies ausführlich: Das wucherische Rechtsgeschäft sei total nichtig, eine Kontraktsklage daher für beide Teile ausgeschlossen; bliebe für Rückforderungen etwaiger Leistungen nur eine Kondiktion. Er giebt nun zwar zu, dass, wer nur den Wortlaut des Gesetzes betrachte, den Eindruck gewinnen könne, als sei im § 817 nur von einem Ausschluss der Rückforderung bei doppelseitiger Unsittlichkeit die Rede. Da aber hiervon beim Wucherer meist nicht die Rede sein könne, vielmehr, wie oben gezeigt, nur turpitudo solius dantis in Frage kommt, so subsummiere sich dieser Fall nicht unter § 817, sondern unter den allgemeinen Kondiktionsparagraphen 812, nach welchem dem Wucherer ein Rückforderungsrecht zuzubilligen sei. — Dieses Resultat jedoch scheint Neubecker unannehmbar, darum deduciert er folgendermassen weiter: [11]) „Ist wirklich die Doppelseitigkeit der Grund des Ausschlusses der Kondiktion? Dann käme man zu folgendem Satz: Der Leistende kann, auch wenn er gegen die guten Sitten verstösst, zurückfordern. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Empfänger gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt. Das Unhaltbare einer solchen Bestimmung ist offen-

[11]) Neubecker l. c. S. 569.

sichtlich. Dass der unsittliche Geber seine Leistung nicht zurückfordern darf, liegt in ihm selbst: auf eigene Unsittlichkeit und eigenen dolus darf niemand sich berufen".

„Für den Fall, dass der Empfänger gleichfalls in solcher Lage sich befindet, ist die Betonung des Ausschlusses des Rückforderungsrechtes wohl angebracht, da man an eine Kompensation der beiderseitigen Unsittlichkeit denken und demgemäss geneigt sein könnte, eine gesetzlich neutralisierte condictio sine causa (turpis causa — turpis causa = 0) zu gewähren. Das „gleichfalls" im § 817 ist nicht logisch, sondern nur grammatisch, satzverbindend zu nehmen". Dieses Resultat ergebe sich auch noch aus anderen Gründen: Die Redaktoren des B. G. B. hätten lediglich das römische Kondiktionenrecht darstellen wollen, in dem freilich nicht unbestritten [12]) — bei Unsittlichkeit auf Seiten des Gebers die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen war. —

Was die Absicht der Schöpfer des B. G. B. anlangt, so wird man Neubecker zustimmen müssen: es war allerdings der Wille vorhanden, durch § 817 die römische condictio ob turpem causam zu ersetzen und somit die Rückforderung der Leistung sowohl bei einseitiger als auch bei doppelseitiger turpitudo auszuschliessen. Der erste Entwurf, der ja im engen Anschluss an das römische Recht überhaupt nur einzelne Kondiktionstatbestände aufgestellt hatte, bildete die römische condictio ob turpem causam tatsächlich, jedoch in zwei Paragraphen, nach, nämlich in den §§ 743, No. 1 und 747. [13])

§ 743, No. 1, welcher von der turpitudo solius dantis handelte, bestimmte:

[12]) Vergl. Ecciu:, Deutsche Jur.-Ztg. 1903 No. 2. S. 41.
[13]) Vergl. Protokolle S. 702 ff.

„Die Rückforderung ist ausgeschlossen: 1) Wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, von der Art ist, dass von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen ist". —

§ 747, im Absatz 1 von dem Rückforderungsrecht des Leistenden bei Unsittlichkeit des Empfängers handelnd, im Absatz 3 dieses Recht bei gleichzeitiger Unsittlichkeit des Gebers gemäss dem römischen Satze: „in pari turpitudine melior est possidentis condicio" wieder ausschliessend, hatte folgenden Wortlaut:

Absatz 1: „Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen worden, so kann der Geber das Geleistete zurückfordern."

Absatz 3: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen worden ist.

Aber schon im zweiten Entwurf werden die Bestimmungen in einen Paragraphen zusammengezogen, und es geht dadurch, obschon eine sachliche Aenderung nicht beabsichtigt war, die klare Scheidung des ersten Entwurfs zwischen einseitiger Unsittlichkeit, sei es des Leistenden oder des Empfängers, und beiderseitiger Unsittlichkeit verloren. § 741 des zweiten Entwurfs, der inhaltlich nur den § 747 des ersten Entwurfs wiederholt, bestimmt: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, so ist er zur Herausgabe verpflichtet, es sei denn, dass dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt".

Und diesem Paragraphen ist der § 817 B. G. B. fast wörtlich nachgebildet: „War der Zweck einer

Leistung in der Art bsstimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt . . ."

Mithin spricht sowohl der Werdegang des § 817, der zwar bestimmt war, zwei ursprünglich vorhandene Paragraphen zu ersetzen, in Wirklichkeit doch aber nur die Bestimmung des einen wiedergiebt, als auch sein Wortlaut, in den eben die vordem ausdrücklich vorhandene Behandlung der turpitudo solius dantis nicht hineingearbeitet worden ist, gegen die Ansicht Neubeckers, als könne die Entstehungsgeschichte des § 817 als Beleg für den Ausschluss des Rückforderungsrechtes bei turpitudo solius dantis, mithin des Rückforderungsrechtes des Wucherers, herangezogen werden. Denn nicht was Absicht des Gesetzgebers bei Abfassung eines Gesetzes war, wird Gesetz, sondern lediglich das, was der Wortlaut des Gesetzes als seinen Inhalt ergiebt.

Aber auch die Annahme Neubeckers, dass das „gleichfalls" des § 817 „nicht logisch, sondern nur grammatisch, satzverbindend zu nehmen" ist, kann einer gründlichen Prüfung nicht standhalten: § 817 spricht im Satz 1 vom Zweck einer Leistung, der in der Art bestimmt ist, dass der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstösst, und setzt für diesen Fall ein Rückforderungsrecht des Leistenden fest. Dieses Rückforderungsrecht nun, das durch § 819,2 noch besonders modifiziert ist, lässt § 817, Satz 2 cessieren für den Fall, dass dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt. Der Satz 2 dieses Paragraphen hat demnach keine selbständige Bedeutung, er nimmt

vielmehr deutlich auf den ersten Satz Bezug, indem er nicht schlechthin von einem, irgend einem Rückforderungsrecht spricht, sondern von dem im Satz 1 statuierten, welchem er sich unterordnet. Satz 2 ist lediglich denkbar als eine Ausnahme von Satz 1, ihm kann daher keine selbständige Stellung beigemessen werden. Das „gleichfalls" des § 817 ist mithin logisch, als auf den Inhalt des im Satze vorher Gesagten Bezug nehmend, aufzufassen, nicht aber lediglich als satzverbindend. Nicht zwei Rechtssätze von gleichem Range werden aufgestellt, sondern nur einer, an den sich für gewisse Fälle eine Ausnahme angliedert. Grundsätzlich spricht § 817 also nur von dem unsittlichen Empfänger. Und nur das ergiebt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des § 817, der, wie oben gezeigt, ja nur den vom unsittlichen Empfänger und der beiderseitigen Unsittlichkeit handelnden § 747 des ersten Entwurfs in sich aufnahm. — Von der Unsittlichkeit des Empfängers kann aber, wie ebenfalls schon oben erwähnt wurde, beim Wucher nicht die Rede sein. Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit zwingen den Bewucherten zum Abschluss des wucherischen Rechtsgeschäfts, die aber sind nichts Verbotenes oder Unsittliches, sodass auch eine beiderseitige Unsittlichkeit, die nach Satz 1 des § 817 in der Tat das Rückforderungsrecht des Wucherers ausschliessen würde, beim wucherischen Rechtsgeschäft nicht in Frage kommen kann. [14])

Auch von einem argumentum a maiori ad minus in dem Sinne, dass, wenn schon bei doppelseitiger Unsittlichkeit die Rückforderung ausgeschlossen ist, dies erst recht der Fall sein muss, wenn nur der Geber verwerflich handelte, kann hier nicht gesprochen

[14]) Zu demselben Ergebnis kommt auch Lotmar „Der unmoralische Vertrag" S. 174. Anm. 197: „Die durch § 817 B. G. B. nicht ausgeschlossene Rückforderung (etc. des Wucherers) kann auf § 812 gegründet werden".

werden, da diese beiden Tatbestände durchaus nicht im Verhältnis von maius und minus stehen.

Ebensowenig ist für die Analogie Raum. Denn wo ist denn hier die Grundbedingung aller Analogie: Gleichartigkeit der Verhältnisse? Müssten ja doch geradezu diametral entgegengesetzte Tatbestände in Analogie zu einander gesetzt werden, nämlich der Fall, wo der Empfänger einer Leistung durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstösst, und der Fall, wo er nicht, wohl aber der Leistende sich diesen Verstoss zu Schulden kommen lässt. § 817 handelt auch nicht allgemein von der verwerflichen Zweckbestimmung einer Leistung, sondern nur von der, bei welcher der Empfänger durch die Annahme der Leistung gesetzwidrig oder unsittlich verfährt; der Fall der einseitigen Unsittlichkeit des Gebers wird nicht erwähnt. — Nur wenn § 817 wirklich eine singuläre Stellung ausserhalb des Rahmens der Kondiktionen einnähme, — und das behauptet ja auch Neubecker nicht — wäre der Schluss zutreffend: § 817, der die Rückforderung bei verwerflicher Zweckbestimmung der Leistung regelt, erwähnt nur den Fall, dass der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstösst, und giebt hier dem Leistenden ein Rückforderungsrecht. Nur für diesen Fall besteht überhaupt ein Rückforderungsrecht, mithin ist implicite das Rückforderungsrecht des unsittlich Leistenden ausgeschlossen. — Diese Stellung aber nimmt § 817, wie oben gezeigt, nicht ein. Es muss daher, da dieser Paragraph nur einen Unterfall eines Grundprinzips darstellt, auf dieses Grundprinzip mangels einer speziellen, seine Anwendung ausschliessenden Vorschrift zurückgegriffen werden und dem Wucherer ein Rückforderungsrecht aus § 812 zugebilligt werden.

§ 8. Schlussbetrachtung.

Es ergiebt sich mithin als Resultat der angestellten Betrachtungen folgendes:

Das abstrakte Leistungsgeschäft des Wucherers ist trotz der total nichtigen causa wegen des obwaltenden Formalprinzips nicht nichtig, sondern verpflichtet den Empfänger nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung. § 817 aber kann keine Anwendung finden, sondern § 812. Hieraus erwächst dem Wucherer die Bereicherungsklage, denn die Nichtigkeit der causa bei dem wucherischen Rechtsgeschäft wirkt wie der Mangel des rechtlichen Grundes.

Voraussetzung jedes Bereicherungsanspruches ist eine Vermögensverschiebung, infolge deren jemand durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Die Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung geht auf die Herausgabe dessen, was der Beklagte zur Zeit der Rechtshängigkeit noch in seinem Vermögen hat: „Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, sofern der Empfänger nicht mehr bereichert ist. — Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften“ (§ 818, 3, 4).

Der Gegenstand der Leistung ist mithin kein fester, „vielmehr ein variabler, abstrakter Vermögenswert“. [1]) Aus § 818,3 ergiebt sich, dass dies auch dann der Fall ist, wenn der Anspruch von vornherein nicht auf Geld geht, obschon erst nach Umwandlung des Anspruchs zur Herausgabe in den zum Wertersatz die abstrakte Natur des Bereicherungsanspruchs zur Geltung kommt; zu seiner Feststellung wird stets die gesamte Vermögenslage des Bereicherten zu prüfen sein — quanto locupletior factus est.

1) Stieve a. a. O. S. 28.

Es ist anzunehmen, dass beim Bewucherten nur selten eine Bereicherung in diesem Sinne vorhanden sein wird, denn ein künftiger Vermögenserwerb kommt nur dann in Betracht, wenn er in Kausalzusammenhang mit dem vom Wucherer Erlangten steht.

Anders gestaltet sich aber die Haftung des Bewucherten, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfange kennt oder ihn später erfährt, d. h. wenn ihm die Nichtigkeit des abgeschlossenen wucherischen Rechtsgeschäfts und die Konsequenzen dieser Nichtigkeit bekannt werden, wenn er mithin bei Verwendung des Empfangenen weiss, dass der Wucherer das Geleistete jederzeit zurückfordern kann. Hier tritt Haftung nach allgemeinen Regeln ein: Der Empfänger ist von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre, § 819.

Wenn nun auch anerkannt werden muss, dass das von uns dem Wucherer gewährte Rückforderungsrecht im Widerspruch mit den Absichten des Gesetzgebers steht, das Gesetz selbst steht auf diesem Standpunkt.

Es kann auch nicht zugegeben werden, dass das Rückforderungsrecht des Wucherers nicht nur eine „Anomalie", sondern auch ein „gesetzlicher Fehler" [2]) sei; im Gegenteil, durch die Versagung des Rechtes auf Rückforderung der wucherischen Leistung würde einer unanständigen Spekulation auf Nichterfüllung eingegangener Verpflichtungen Vorschub geleistet werden. Und wenn es auch als der Rechtsordnung unwürdig erscheinen könnte, dem sich auf seine eigene Unsittlichkeit berufenden Wucherer die Hilfe des Gesetzes zuteil werden zu lassen — jene andere Konsequenz muss ihr noch mehr zuwider sein.

[2]) Kohler „Die Ideale im Recht" S. 84, Note 93. Zitelmann „Die Rechtsgeschäfte im Entwurf" S. 65, Note 157.